



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

THAIS SANTANA PIRES

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Análise das cláusulas exorbitantes e suas
limitações**

**INHUMAS-GO
2020**

THAIS SANTANA PIRES

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Análise das cláusulas exorbitantes e suas
limitações**

Monografia apresentada ao Curso de Educação Física,
da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor (a) orientador (a): Ms. Ramon de Souza
Oliveira

**INHUMAS – GO
2020**

THAIS SANTANA PIRES

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Análise das cláusulas exorbitantes e suas
limitações**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS)
como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 18 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

RAMON DE SOUZA OLIVEIRA
(Orientador e presidente)

MARCOS ANTÔNIO DO CARMO JÚNIOR
(Membro)

Dedico esta monografia aos meus pais e avós que me apoiaram durante toda a minha vida, lutando todos os dias para conseguir me dar a melhor educação possível e me ajudando a realizar o meu sonho de cursar a faculdade de direito. A eles, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, Aquele que me deu o dom da vida, que nunca me desamparou nos momentos bons e nos mais difíceis também, que sempre atendeu as minhas orações e me sustentou até aqui. Aos meus avós maternos, Joaquim e Juracy, e paternos José e *in memoriam* minha avó Verônica. Aos meus Pais, Cristina e Emival, que sem dúvidas sempre foram minha base, meu alicerce para toda a minha vida e nunca mediram esforços para me apoiar desde a educação infantil até a minha graduação. Aos meus irmãos Kauê e Thalia, que sempre estiveram comigo, me apoiando e me ajudando nessa longa jornada. Ao meu esposo Jader, que com todo amor, compreensão e paciência foi meu parceiro nessa trajetória, passou por todos os momentos comigo, sempre me apoiando e me dando forças para seguir em frente, agradeço por tudo meu amor. Eu amo todos vocês.

Ao Mestre Orientador Ramon, que me ajudou durante toda a escrita da minha monografia, contribuindo com toda sua experiência e sabedoria. Ao senhor, o meu muito obrigada.

Aos professores que me acompanharam durante toda a minha graduação e, em especial a professora Elizabeth Maria de Fátima Borges, que foi quem me ajudou a produzir essa monografia.

A todos os professores que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação acadêmica.

A todos os colegas que me acompanharam desde o ensino fundamental ao ensino médio, em especial a minha querida amiga, companheira e comadre Alexia Rodrigues, que após longos anos estudando juntas escolhemos rumos diferentes, mas mesmo assim sempre continuou a me apoiar de longe nessa nova trajetória que é a graduação. Eu te amo muito. Durante o curso, agradeço todos os colegas que conheci e fizeram parte da minha vida acadêmica, em especial as minhas amigas Fernanda e Pollyana que sempre me apoiaram e ficaram ao meu lado, vocês são meu orgulho. Obrigada por tudo! Amo muito vocês!

A minha querida coordenadora Sirlene, por toda a paciência e carinho que sempre teve comigo. Seus ensinamentos serão para toda a vida.

“Chega um momento em que temos de tomar uma posição que não é nem segura, nem política, nem popular, mas que deve ser tomada porque a consciência lhe diz que isso está certo.”

Martin Luther King

RESUMO

O presente trabalho constitui um estudo sobre o processo de contratação pela Administração Pública, com enfoque na análise crítica das cláusulas exorbitantes. Primeiro, abordamos o conceito de Administração Pública, suas características e como funciona sua atuação junto ao particular. Parte-se de uma abordagem ampla a respeito dos contratos administrativos, campo em que inserem as cláusulas exorbitantes, compreendidas como prerrogativas especiais para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração em relação com os particulares. Foram abordados os contratos administrativos, cláusulas exorbitantes, fatos históricos, jurídicos e econômicos para situar os poderes exorbitantes na atualidade, realizar breve crítica ao intuito em seus fundamentos clássicos. Nos últimos anos, a multiplicação das formas de acordo envolvendo o Estado vem suscitando críticas a respeito da utilidade e da aplicabilidade desses poderes.

Palavras-chave: Administração. Exorbitantes. Poderes.

ABSTRACT

The present monograph work constitutes a study on the hiring process by the Public Administration, focusing on the critical analysis of the exorbitant clauses. First, we approach the concept of Public Administration, its characteristics and how it works with the private sector. It starts with a broad approach, regarding administrative contracts, a field in which exorbitant clauses are inserted, understood as special prerogatives to assign an advantage or a restriction to Management in relation to individuals. Administrative contracts, exorbitant clauses, historical, legal and economic facts were approached to situate the exorbitant powers in the present day, to make a brief criticism of the intention in its classic foundations. In recent years, the multiplication of forms of agreement involving the State has raised criticisms regarding the usefulness and applicability of these powers.

Keywords: Administration. Exorbitant. Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	13
2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CLÁUSULAS EXORBITANTES	24
2.1. Princípios dos contratos administrativos	24
2.2 As cláusulas exorbitantes	30
3. AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E SUAS HIPÓTESES	37
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho de conclusão de curso se enquadra na temática do Contrato Administrativo e, particularmente, as cláusulas exorbitantes em face do Estado Moderno.

O conhecimento da contratualidade, no âmbito do Estado com os particulares, é primordial para a boa gestão da república. Os incontáveis contratos administrativos celebrados, diariamente, são reflexos de uma realidade complexa, cada vez mais dinâmica e que exige dos juristas e dos gestores públicos desafios prementes.

Assim, são abordadas questões referentes aos contratos administrativos em geral, desde a escolha do futuro contrato até a sua extinção. No caso desta contratação se dá entre ente privado e a administração pública, respeitando uma série de princípios constitucionais e legais que regem o procedimento, independente de ajuste com o particular, dando preferência sempre ao interesse público.

A Lei 8.666/93 estabelece as normas gerais acerca dos contratos administrativos, dando à Administração vantagens de modificar, rescindir, fiscalizar e aplicar sanções ao contratado com relação à execução do contrato. Uma característica marcante desses contratos são as cláusulas exorbitantes, colocando assim, o Poder Público em uma posição, sempre, de superioridade em relação ao particular. A maioria das vezes os processos administrativos são precedidos de um processo licitatório, sendo o objetivo principal contratar produtos e/ou serviços com melhor custo-benefício.

Discute-se, aqui, também, as peculiaridades dos contratos administrativos, dando ênfase às cláusulas exorbitantes e é, neste ponto específico, que se dá um enfoque mais crítico, até mesmo para cumprir os objetivos aos quais este estudo se propõe que se resumem em simplificar o entendimento,

A análise de todo este conteúdo dedutivo – do mais geral para o mais específico - se utiliza de doutrinas dos direitos administrativo, financeiro e tributário, bem como, artigos publicados nas três áreas para a construção de um saber amplo e interdisciplinar, bem como de uma visão holística sobre o assunto.

Vale ressaltar a importância e atualidade deste trabalho, pois conhecer o direito financeiro e entender como a Administração Pública trabalha, nunca foi tão

importante para o cidadão brasileiro, diante de todos os escândalos que podem colocar em dúvida o trabalho do Poder Público.

Os contratos administrativos têm algumas características específicas: é formal, porque deve ser feito nos termos da lei e por escrito; oneroso, por se tratar de um acordo de prestação de serviço, sendo assim, deve ter uma contraprestação com remuneração e comutativo, porque as duas partes do contrato são compensadas reciprocamente.

A respeito das cláusulas exorbitantes, elas são legalmente válidas no contrato administrativo com fundamento no Art. 58 da Lei de Licitações, no qual estabelece as prerrogativas da Administração Pública em relação à modificação unilateral para melhor atender os seus interesses. Apesar de muito úteis para um resultado, para o bem maior em prol da Administração Pública, às vezes, pode causar desigualdade na relação contratual.

Importante lembrar que a possibilidade de alteração contratual, de forma unilateral, é privilégio legal, porém o particular é constitucionalmente assegurado, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz sobre o direito ao contraditório e a ampla defesa, em processo judicial ou administrativo, direito adquirido, coisa julgada e do princípio da inafastabilidade.

Apesar de conservar estes e outros direitos durante a execução do contrato, inclusive de equilíbrio econômico-financeiro, o particular tem a contrapartida de acatar as alterações impostas pela Administração da maneira mais conveniente para toda a coletividade.

Neste sentido, as cláusulas exorbitantes não podem promover nenhum tipo de prejuízo, tanto em questão de desproporção de obrigações, como de ocasionar ônus imprevisível ao contratado, não podendo haver desequilíbrio na sua aplicação.

Esta pesquisa tem por intuito, compreender a supremacia da Administração Pública em relação ao particular nos contratos, entender que é plausível e legal a aplicação das cláusulas exorbitantes, de acordo com a legislação vigente, cláusulas estas que, se fossem aplicadas em um contrato do direito privado, não seriam legais, pelo fato de disponibilizarem algumas prerrogativas, unilateralmente, para a Administração, para garantir, sempre, a melhor opção para o interesse público, de forma que sempre o interesse público seja a prioridade em relação ao interesse particular, desde que respeitados os direitos constitucionais do próprio particular e visando sempre o bem da sociedade e da coletividade em geral.

A elaboração da presente pesquisa tem característica empírica e básica, predominantemente, se desenvolve por meio do conhecimento da área, buscando compreender e explicar alguns fenômenos, permitindo que os conhecimentos sejam utilizados, também, para a aplicação na prática, mesmo sem desenvolver pesquisa de campo ou entrevistas pessoais.

Trata-se de uma pesquisa de fontes secundárias bibliográficas, desenvolvida através de livros, artigos na internet, doutrinas e outras publicações sobre o assunto. Em relação à forma de abordagem, se trata de uma pesquisa qualitativa, a partir de análises de dados subjetivos, quanto aos objetivos, será uma pesquisa exploratória, pois, serão analisados dados bibliográficos para maior conhecimento sobre teórico e científico, porém, envolve a técnica explicativa que busca causa e efeito para a possível solução.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos estão presentes nas relações sociais, desde o início da humanidade, não representam apenas instrumentos de circulação de bens, como também, a realidade concreta de determinada ordem.

1.1 Breve histórico

Os hebreus conheciam as relações de contrato antes de Roma ter sido fundada. Os egípcios contavam com organizações relacionadas ao casamento e imóveis, que envolviam a proibição da poligamia, bem como multas e castigos em caso do descumprimento do “contrato”.

Para Furtado (2015),

A atividade material da Administração Pública não se desenvolve apenas por meio de atos unilaterais de vontade. Historicamente, estes constituíam o principal instrumento de atuação da Administração Pública. Esta se tem utilizado, todavia, com cada vez mais frequência de novos instrumentos para formalizar o seu relacionamento com os particulares. (FURTADO, 2015, p.)

A administração necessita firmar acordos com entidades privadas com vistas à realização de obras, à aquisição de bens ou à prestação de serviços. O objetivo precípua desses acordos de vontade era e continua a ser em grande medida, o de atender às demandas internas da Administração Pública, que sempre necessitou da colaboração dos particulares para o fornecimento de bens e de serviços.

No século XVI, na Europa, durante o desenvolvimento do mercantilismo surge a figura do Estado. Este modelo apresentado fracassou devido ao fato da sociedade ser desigual e autoritária, não haver direitos e participações individuais, na política, dentre outros.

Para Hobbes,

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. (HOBBS, 1988, p. 106)

No século XVIII, a burguesia francesa, através da Revolução Francesa, passou a lutar contra o Absolutismo, defendendo os princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que passaram a ser fundamentais, dispendo de uma concepção do Estado Liberal.

A idéia moderna de contrato tornou-se mais viável com o início das revoluções burguesas e industriais. De acordo com Araújo (1987),

Um dos pilares sobre o qual se funda a teoria contratual, a liberdade de contratar, reflete uma ideologia novecentista gerida num período de forte influência jus natural e iluminista. As codificações do século XIX sofreram grande inspiração de filósofos europeus como Grotius e Pufendorf, que legaram aos romancistas e pandectistas a concepção de contrato como teoria edificada sobre o indivíduo. (ARAÚJO, 1987, p. 15).

Os contratos determinavam o resultado da vontade de duas partes, expondo a autonomia da vontade, como principal critério para aplicação da lei, contidas nos mesmos. Com a mudança do Estado Absolutista para o liberal, as pessoas passaram a ter obediência e garantias para com o líder do Estado, mesmo com a regulamentação das relações entre eles.

Para Pietro (2006)

[...] as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituíram-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. (PIETRO, 2006, p. 69).

Diante do exposto, surge o direito administrativo, visto que o direito comum defendia o interesse coletivo, o que evidencia o Estado em uma situação de privilégio, não sendo adequado para regular a relação com o indivíduo.

O contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito (DINIZ, 1993, p. 63)

Conforme Nabais (1994),

O contrato passou a ser concebido como instrumento normal de ação do Estado. Ele não vai, porém, limitar-se a operar apenas nesses novos setores, mas vai buscar a ampliação de seu leque instrumental para abarcar domínios tradicionalmente estranhos à sua natureza contratual, como é o caso do direito fiscal (NABAIS, 1994, p. 15-16).

Neste período de mudança, houve aumento da máquina administrativa e dos contratos, o que permitiu que fosse possível contribuir com a administração, visando garantir serviços para a comunidade, neste sentido, o contrato passou a ser visto como figura de direito público.

Observamos três grandes correntes encontradas na doutrina, visto que, antigamente, não se havia chegado à unanimidade referente à existência ou não da figura do contrato administrativo. São elas:

- A primeira: formada por autores que não acreditam na existência do contrato, visto que a Administração ao contratar, se encontra em posição superior, não havendo igualdade entre as partes, não havendo, portanto, acordo de vontades.
- A segunda: aceita a existência do contrato e acredita que todos os acordos são considerados contratos administrativos, regulamentados pelo Código Civil e pela Lei de Licitações.
- A terceira: acredita que existe contrato administrativo, no entanto, defende que a Administração pode firmar pactos de natureza privada ou administrativa, regidos na legislação pelo Direito Privado e pelo Direito Administrativo sucessivamente.

A evolução na relação do Estado com o coletivo e com o indivíduo, visto que as características dos contratos administrativos basearam-se nas teorias européias, foi firmada no Brasil, somente, após a Constituição Federal de 1988.

1.2. Definição de Contratos Administrativos

A fim de se delinear um conceito sobre os Contratos Administrativos, vale aqui, mencionar, mesmo que em poucas palavras, qual a definição dada por alguns pensadores. Para Mello (2015),

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força da lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2015)

Os contratos administrativos são específicos e definidos somente com anuência das partes, estabelecendo direitos e deveres pré determinados antecipadamente, visando melhor aplicabilidade da lei.

De acordo com Pietro (2000):

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo para abranger todos os contratos celebrados pela administração pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes da Administração, nessa qualidade, celebradas com pessoa físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (PIETRO, 2000, p. 207).

Conforme Caetano (1970):

Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo e vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (CAETANO, 1970, p. 527).

Os fundamentos, que sustentam o conceito de contrato administrativo, estão relacionados a qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares e a existência de acordo para a formação do vínculo obrigacional, firmado no documento.

De acordo com a Lei 8.666/1992:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas os seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Desta forma, é necessário cumprir todas as definições estabelecidas na Lei de Licitação para que tenham validade, observando todas as cláusulas e todo o processo de licitação evitando e verificando vícios e possíveis fraudes.

Caio Mário diz que o contrato é conceituado como um negócio jurídico bilateral e, de conseguinte, exige o consentimento e pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com

a pacificidade da doutrina, dizemos, então, que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. (2006, p. 7)

O contrato administrativo, segundo esta doutrina, tem validade de direitos e obrigações igualitárias para ambas as partes, definindo claramente as vontades, direitos e obrigações das mesmas.

De acordo com Horbach (2016)

Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas – com terceiros, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, submetido a um regime de direito público que garanta prerrogativas para a Administração e voltado à realização de um interesse público. (HORBACH, 2016. p.)

Os contratos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei 8.666/93, “regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Para Figueiredo (2006)

Interesse público não pode tudo comportar. Ao se falar em interesse público, necessidade pública, pretende-se, reiteradas vezes preencher o conceito de qualquer maneira não se pode dizer que o interesse público é escolhido pelo administrativo. Interesse público só pode ser qualificado pela norma. Interesse público nada tem a ver com o interesse do administrador. (Figueiredo, 2006, p.)

Desta forma, fica explícito que é necessário defender o interesse público, beneficiando o coletivo, o gestor deverá cumprir suas obrigações em benefício do coletivo, da população, sem intenção de benefício próprio ou de beneficiar terceiros.

A teoria do Contrato Administrativo afirma um regime jurídico especial de direito público nas relações contratuais com o Estado, porém, para os estudiosos Pamplona Filho e Gagliano, “contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, auto disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.” De modo que “não se poderá falar em contrato, de

fato, sem que se tenha por sua pedra de toque a manifestação de vontade. (2010, p. 47)

As normas gerais, acerca dos contratos administrativos, estão designados na Lei 8.666/93 permitindo que a administração modifique, rescinde, fiscalize e aplique sanções ao contratado relacionadas à execução do contrato.

Para Filho (2010), embora, ainda, mantenha a competência para prática de atos unilaterais e vinculantes perante terceiros, o Estado passou a se valer de institutos jurídicos de natureza consensual.

Uma característica primordial desses contratos exorbitantes, que colocam o Poder Público em uma posição sempre de superioridade frente ao particular. Na maioria das vezes, os processos administrativos são realizados por meio de processo licitatório, sendo o foco a contratação de produtos e serviços com o melhor custo benefício.

No âmbito geral, contrato administrativo é todo acordo firmado legalmente entre órgão ou ente público com um particular, no qual há a necessidade de uma formação de vínculo e a estipulação de uma obrigação de serviço ou venda de produtos e bens da parte do particular para a Administração Pública.

Para que haja a celebração do contrato administrativo, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é necessário:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios [...] e, também ao seguinte:
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Sendo assim, cabe à União estabelecer regras legais quanto à contratação, permitindo aos entes federados legislar acerca do assunto, desde que seja em consonância com a legislação vigente.

Os contratos possuem características específicas, são formais, devem ser feitos nos termos da lei e por escrito, se tratam de um acordo de prestação de serviço, sendo assim, devem ser remunerados. São comutativos, visto que as duas partes do contrato são compensadas e possuem uma característica um pouco

diferente designada *Intuitu personae*, que tem como exigência para execução do objeto deste contrato, que o mesmo seja cumprido pelo próprio contratado, não sendo permitido ser realizado por terceiros.

Os contratos administrativos têm suas especificidades, conforme Di Pietro (2014), apresentam os seguintes termos:

1. Presença da Administração Pública como Poder Público.
2. Finalidade pública
3. Obediência à forma prescrita em lei
4. Procedimento legal
5. Natureza *intuitu personae*
6. Presença de cláusulas exorbitantes
7. Mutabilidade

Apesar da divergência, devido aos vários entendimentos das doutrinas, no que se relaciona a doutrina majoritária, nota-se que os contratos administrativos são regidos pelo direito público, dispondo de prerrogativas e vantagens inerentes a supremacia do Estado. Sendo assim, a Administração Pública tem o direito de firmar contratos que se submetam às regras do regime privado, desde que atue conforme o que o direito civil e a legislação determinam.

Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste.

Os contratos podem ser adequados de acordo com a necessidade da Administração, bem como extintos e ajustados, desde que seja respeitada a Constituição Federal e a Lei 8.666/93, exigindo o cumprimento das obrigações das partes. É o que destaca Caetano (1970):

Celebrado entre a Administração e outra pessoa com o objetivo de associar este por certo período ao desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante prestação de coisas ou de serviços, a retribuir pela forma que for estipulada, e ficando reservado aos Tribunais administrativos o conhecimento das contestações, entre as partes relativa à validade, interpretação e execução das suas cláusulas. (CAETANO, 1970, p.)

De acordo com Cretella Júnior (2002),

Celebram-se, nesses casos, ou contratos privados, contratos de direito comum, sujeitos às regras do direito civil ou comercial, ou então, contratos públicos, contratos administrativos, submetidos às regras que exorbita do âmbito do direito comum. Ambos os contratos, contratos da Administração, são, antes de tudo, contratos da Administração, diferenciando-se, porém, quanto ao regime jurídico a que se submetem.

Analisamos que algumas regras são diferenciadas de acordo com o regime jurídico, visto que o mesmo deve ser celebrado e estar em conformidade com a legislação vigente.

Para Medauar (2008),

Ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo, emergiram suas características, que o diferenciavam do contrato de direito privado. Sendo órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, nos poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. A defesa do interesse público levou a atribuição de prerrogativas à Administração, que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos pecuniários do particular contratado. (MEDAUAR, 2008, p.)

Surgiu a necessidade de diferenciar contratos públicos dos contratos privados para preservar o interesse dos cidadãos, respeitando os contratados e evitando fraudes e beneficiar outros de maneira ilícita.

Furtado (2013) apregoa que:

Os contratos administrativos têm como sua maior particularidade à busca constante pela realização do interesse público. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (Administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocadas em situação de igualdade. Embora o contrato somente vincula as partes se elas concordarem com a sua celebração, fato é, uma vez firmado o acordo, são conferidas a Administração Pública, como fundamento na supremacia do interesse público, prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata. Essa supremacia irá manifestar-se por meio de determinadas cláusulas contratuais denominadas cláusulas exorbitantes.(FURTADO, 2013, p.)

De acordo com a análise do autor existe uma diferença na posição da Administração e do contratado, visto que o primeiro está num nível acima do segundo, que dispõe de regime jurídico que permite atuar de maneira superior ao contratado, obtendo vantagens sobre o mesmo.

Acerca dos contratos administrativos, *prima facie*. faz-se mister deixar claro que nem todo contrato celebrado pela Administração Pública é considerado um contrato administrativo. Contrato da administração constitui o gênero do qual os contratos administrativos são espécies.

Os contratos da administração tanto podem ser regidos pelo direito público, quanto pelo direito privado e tem como uma das partes a Administração Pública. Os contratos regidos pelo direito privado recebem a nomenclatura “contratos privados da Administração” e não se configuram como contratos administrativos, posto que regidos pelo Direito Civil.

Essa expressão em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, correspondendo a um gênero. Entretanto, quando esses contratos são regidos pelo direito privado, denominam-se “contratos privados da Administração” e, quando regidos pelo direito público, recebem o nome de “contratos administrativos”.

Os contratos administrativos consistem naqueles celebrados pela Administração Pública sob o regime jurídico de direito público. Não se vislumbra isonomia entre as partes, pois predomina a supremacia do interesse público. O Estado atua em desigualdade, dotado de prerrogativas e vantagens em face do contratado.

Ressalte-se que a desigualdade não confere ao ente público a prerrogativa de agir com arbitrariedade. O regime de direito público “busca satisfazer interesse público concreto a que o contrato deve servir, sem sacrificar os princípios superiores de justiça e de equidade a que todo o Estado deve propender.

A Administração Pública, para atingir seus objetivos, acaba por realizar contratos. Atento a isto, para garantir que o bem comum continue a ser perseguido, o Legislador elaborou a Lei 8.666/1993. Esta criação tem por finalidade estabelecer normas para as licitações e os contratos administrativos, que se ajustam pelas suas cláusulas e pelos regulamentos de direito público, aplicando princípios e disposições no contrato.

Apesar de constituir-se em um acordo consensual entre o Público, que no caso trata-se do Estado e o particular, para a estipulação de obrigações recíprocas e a concepção de vínculo, põe os interesses de Administração Pública aquém da particular, ainda que busque, através de licitação, oportunizar propostas favoráveis de forma isonômica. Na Legislação, podem-se encontrar todos os procedimentos necessários para formalização do contrato por parte da Administração.

A Administração Pública goza de prerrogativas que lhe permitem alterar, rescindir, fiscalizar e impor penas, relativamente à execução do contrato, ao contratado. Estas vantagens concretizam-se através dos dispostos contratuais

conhecidos como cláusulas exorbitantes. Apesar disso, poderão ocorrer casos que impeçam ou retardam o desempenho do contrato.

Em uma das partes, o contrato administrativo possui características que o diferenciam do contrato comum, em razão da posse da Administração Pública, como Poder Público, que neste caso ditaria as regras na elaboração do contrato. Entre eles, está o de alterar e rescindir o contrato unilateralmente.

A rescisão unilateral é possível em várias hipóteses descritas nos incisos do art. 78 da Lei 8.666/1993, mas podemos classificá-las, basicamente, em duas espécies: a) Por culpa exclusiva do contratado; b) Por interesse público.

Todavia, a rescisão motivada no interesse público necessita de cuidados especiais, como o próprio inciso XII, do Art. 78, institui que seja necessária a existência do interesse público para rescindir o contrato e que seja de alta relevância e amplo conhecimento. Será imprescindível, também, a observação do processo administrativo garantindo ao contrato, o direito do contraditório e da ampla defesa.

Quando a Administração rompe o contrato unilateralmente, motivada ao interesse público, ela terá que pagar uma indenização, ao contrato, posto que o contrato constitui ato jurídico perfeito e está salvaguardado, isso é o que preconiza o § 2 do art. 79 da referida Lei.

Entretanto, o dever de indenizar da Administração pode fluir de duas espécies de responsabilidade civil diferente. A primeira é a contratual, pois ela não cumpre com o que foi acordado, assim ela terá que recompensar os lucros previsíveis que a inexecução contratual causar. Já a segunda, é a extracontratual, onde o dever de ressarcir decorre de ato ilícito, como, por exemplo, dizer que existe interesse público quando não há. Nesta hipótese, a Administração responde objetivamente pelos danos que causar.

Infere-se, portanto, que ao firmar os contratos, e, posteriormente, rescindi-los, preconiza a Administração tomar muito cuidado, visto que quase sempre o contratado terá direito a receber indenizações.

Tal atitude acaba por onerar duplamente os cofres públicos, dado que com base no princípio da continuidade do serviço público a Administração, além de arcar com o valor da indenização, terá que contratar uma nova “pessoa” para realização do serviço.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CLÁUSULAS EXORBITANTES

Os contratos administrativos são aqueles celebrados prioritariamente pelo poder público, que são dotados de características e prerrogativas que versam sobre o direito público em geral.

2.1. Princípios dos contratos administrativos

Os princípios são considerados os pilares do Direito, previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão acima das demais normas ordinárias. No direito administrativo, os princípios considerados supra princípios são a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, a partir desses se formam os outros princípios e normas do direito administrativo.

2.1.1. Princípio da razoabilidade

Uma outra questão a ser discutida, não menos importante, é a existência dos princípios norteadores dos contratos administrativos. Brevemente, é importante analisar o que alguns autores discorrem a respeito. De acordo com Ferraz Jr (2016, p. 106) “o princípio da razoabilidade compreende se tratar de um contrato finalístico da lei e da adequação entre meios e fins por ela estabelecidos, com que a legalidade é, de certo modo, entrelaçada com a razoabilidade”.

Conceitualmente, a razoabilidade, no entendimento de Carvalho Filho (2014, p. 41), é a “qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”.

De acordo com Rocha (1997, p. 270), muitas situações fáticas dependerão da adoção de critérios interpretativos para se compreender qual interesse público deve ser preservado. A razoabilidade, deste modo, incide sobre critérios interpretativos e o fim pretendido, de modo que somente seria alcançada pelas ações ou omissões adotadas pelos agentes públicos que fossem congruentes com as finalidades pré-determinadas pela lei.

Compreende-se que o princípio da razoabilidade, de uma origem anglo-saxônica, exprime do direito brasileiro, uma relação entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. O Estado brasileiro pode estabelecer diversos instrumentos que estimulem seus fornecedores a adimplir adequadamente suas obrigações, seja por estímulos negativos ou positivos. O princípio da razoabilidade perpassa este momento inicial de definição de tais instrumentos.

2.1.2. Princípio da proporcionalidade

Bonavides (2004, p. 398) afirma que a proporcionalidade é de conhecimento bastante antigo da humanidade, sendo, porém, redescoberta nos últimos duzentos anos, com o advento do Direito Administrativo, no qual possui atualmente, uma aplicação já clássica e tradicional.

Para Barroso (2009, p. 256), sua descoberta se dá na Alemanha, em um ambiente fortemente influenciado pelas ideias liberais, com o intuito de delimitar a discricionariedade administrativa.

O primeiro passo é verificar a sua necessidade diante da finalidade pretendida. Assim, a necessidade é o primeiro critério de justiça proporcional, pois se contrapõe ao supérfluo.

Atendido esse requisito, deve-se verificar se ele é funcionalmente adequado para obtenção do fim e, ademais, substancialmente adequado por não agredir outro valor protegido constitucionalmente. A justiça proporcional implica aqui, a harmonia.

Por fim, deve-se averiguar-se, ainda que necessário e adequado, o dispositivo é proporcional estrito senso à finalidade a que se destina, não contendo excessos, para mais ou para menos. E o terceiro requisito, finaliza Ferraz Jr (op. cit.), traz, por fim, a justiça proporcional da relação em sentido de prudência, pois nem tudo que é necessário e adequado é, por consequência, justo: a proporcionalidade exige o sopesamento próprio do julgamento virtuoso e, nesse sentido razoável.

Assim, o princípio da proporcionalidade, conforme anota Rocha (1997, p. 271), busca evitar a prática de excessos pelo Poder Público, a fim de permitir que os atos praticados alcancem seus objetivos, previstos na proporção demandada pela situação jurídica. Deste modo, o ato do administrador não deve ultrapassar, seja em intensidade ou extensidade, o necessário para atingir o interesse público.

2.1.3. Princípio da legalidade

O Princípio da legalidade aparece, simultaneamente, como um limite e como uma garantia, pois ao mesmo tempo em que é um limite, a atuação do Poder Público, visto que este só poderá atuar com base na lei, também, é uma garantia aos administrados, visto que só deveremos cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei. Se as exigências não estiverem de acordo com a lei serão inválidas e, portanto, estarão sujeitas a um controle do Poder Judiciário. Segundo o princípio da legalidade, o administrador não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, ou seja, tem que agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei, expressamente, autoriza e no silêncio da lei está proibido de agir. Já o administrado pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e o que silencia a respeito. Portanto, tem uma maior liberdade do que o administrador.

Hely Lopes Meirelles define: “A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Diógenes Gasparini define: “O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.

Na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, deve, o agente público, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos e, sempre segundo àquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir *secundum legem*. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da autonomia da vontade), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades, define como ele deve agir.

2.1.4 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade ou finalidade, referido na Constituição de 1988, art. 37, *caput*, deve ser entendido como aquele princípio que vem excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre as suas realizações administrativas. Não é permitido que os agentes públicos tenham privilégios, esse princípio é, portanto, característica visível do princípio republicano (Art. 1º, *caput* da Constituição Federal).

De tal forma vamos analisar o conceito mencionado por Hely Lopes Meirelles sobre a impessoalidade: “O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, art. 37, *caput*, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal”. E o *fim legal* é unicamente, aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal (LOPES, 2013, p. 95).

Desta forma, pode-se dizer que a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.

2.1.4 Princípio da moralidade

Não basta obediência ao princípio da legalidade exposto acima. Aqueles que lidam com o interesse e patrimônio público devem, também, seguir padrões éticos, esperados em determinada comunidade. O princípio da moralidade existe para estabelecer os bons costumes como regra da Administração Pública, ao passo que a sua inobservância importa em um ato viciado (errado), que se torna inválido, pois o ato praticado é considerado ilegal, justamente por não ser moralmente aceitável naquela comunidade.

Um exemplo prático na política? A nomeação de parentes em cargos comissionados, que são preenchidos por nomeação de prefeitos ou governadores e ocupam funções de chefia.

2.1.5 Princípio da publicidade

Os atos praticados pela Administração Pública devem ser publicados oficialmente, para conhecimento e controle da população. Para Meirelles, este princípio atinge, além do aspecto da divulgação dos atos, a possibilidade de conhecimento da conduta interna dos funcionários públicos. Assim, os documentos públicos podem ser examinados por qualquer pessoa do povo, exceto, em casos de necessidade de preservação da segurança da sociedade e do Estado ou de interesse público, como, por exemplo, um processo judicial que corre em segredo de justiça.

2.1.6 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência é um dos princípios norteadores da administração pública anexado aos da legalidade, finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público, e foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa na Constituição Federal, com a promulgação da emenda constitucional n.º 19 de 4 de junho de 1998, alterando o art.º 37.

2.1.7 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público existe com base no pressuposto de que a atuação do Estado seja pautada no interesse público, de acordo com a Constituição e das leis, bem como o interesse da maioria. Dessa maneira, os interesses privados encontram-se subordinados à atuação estatal.

Este supra princípio fundamenta todas as prerrogativas de que dispõe a Administração como instrumentos para executar as finalidades a que é destinada. Neste sentido, decorre do princípio da supremacia do interesse público, que havendo conflito entre o interesse público e o privado, prevalecerá o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitando-se, contudo, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrentes.

2.1.8 Princípio da indisponibilidade do interesse público

É imprescindível destacar que, quando se fala em princípio da indisponibilidade do interesse público, tem-se aqui interesse público em seu sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses do povo em geral. Após este esclarecimento, se faz interessante dizer que deste princípio derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Elas existem pelo fato de a Administração Pública não ser “dona” da coisa pública e, sim mera gestora de bens e interesses públicos. Isto significa dizer que esses bens e interesses públicos são indisponíveis à Administração Pública, bem como os seus agentes públicos, pertencendo, em verdade, à coletividade, ao povo.

2.1.9. Princípio da motivação

O princípio da motivação impõe à Administração Pública a obrigatoriedade de fundamentar o ato praticado, bem como o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão do ato nos termos do art. 2º, §único, VII, da Lei n. 9.784/99.

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe: "dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo".

2.1.10. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia pode ser considerado como um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento parificado. Todos os dispositivos da lei de licitações ou regulamentação de um específico processo licitatório devem ser interpretados, à luz do princípio da isonomia o qual, não objetiva a proibição completa de qualquer diferenciação entre os candidatos, pois essa irá ocorrer naturalmente com a seleção da proposta mais

vantajosa à administração pública. Sua verdadeira aplicação é a vedação de qualquer discriminação arbitrária, que gere desvalia de proposta em proveito ou detrimento de alguém, resultado esse de interferências pessoais injustificadas de algum ocupante de cargo público.

2.1.11 Princípio da finalidade

Relacionado com a impessoalidade relativa à Administração, este princípio orienta que as normas administrativas têm que ter, sempre, como objetivo o interesse público.

Assim, se o agente público pratica atos em conformidade com a lei, encontra-se, indiretamente, com a finalidade, que está embutida na própria norma. Por exemplo, em relação à finalidade, uma reunião, um comício ou uma passeata de interesse coletivo, autorizadas pela Administração Pública, poderão ser dissolvidas, se tornarem violentas, a ponto de causarem problemas à coletividade (desvio da finalidade).

Nesse caso, quem dissolve a passeata, pratica um ato de interesse público da mesma forma que aquele que a autoriza. O desvio da finalidade pública, também, pode ser encontrado nos casos de desapropriação de imóveis pelo Poder Público, com finalidade pública, através de indenizações ilícitas;

2.2 As cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes conferiam vantagem inegável ao Estado. Com a expansão da atuação do Estado, no modelo denominado Welfare state na Europa e, com o estabelecimento do socialismo na União Soviética, há um privilégio que se concede ao Direito público em detrimento do privado.

Com o questionamento da eficácia de tutela do estado liberal no pós-guerra o estado de bem-estar social se avulsa em concomitância com a segunda geração de direitos chamados coletivos e sociais exatamente pelo fato de se dirigirem a sociedade protegendo-a dos abusos do capital. A liberdade não é mais tratada com o espaço não regrado pelo Estado, mas é antes do campo disciplinado para o coletivo sujeito a recorrentes intervenções. (MOREIRA, 2008, p. 573-574).

Evidentemente, diante desta conjuntura da economia fechada, explica-se a baixa preocupação com a competitividade por capitais e tecnologias. Subsistiam políticas públicas dirigistas, hoje, que se orientavam pela busca da auto-suficiência estatal numa lógica de substituição de importações e estatização da economia.

Nessa perspectiva de construção de direitos coletivos e sociais pelo ente público, a previsão de prerrogativas contratuais da administração pública, proporciona de ter a palavra final para editar qual seria o interesse público, mesmo nas suas relações negociais de caráter predominantemente privado, o poder público não se despediu, em momento algum, do monopólio de determinar o que constitui interesse público em trincheira ando poder nas suas próprias mãos.

Com efeito, a segunda vantagem estaria relacionada ao princípio da supremacia do interesse público, o qual deveria se prevalecer diante de outros direitos ou interesses em jogo. Dessa forma, as prerrogativas da administração pública se justificam para fazer preponderar interesse público sobre o interesse privado.

2.2.1. As cláusulas exorbitantes no estado moderno

Tomando por base lição de Diogo Figueiredo Moreira Neto, essas vantagens perdem sentido e está em vias de desaparecer nos quadros atuais da economia de mercado demandante de alta competitividade para atrair capital, tecnologia, mercados e cérebro levando o estado atuar não mais como meros executores, mas como formulador político de instrumentos de fomento. (MOREIRA NETO, 2007, p.418)

Sendo assim, o estado não deve ter mais papel único de executor de prestações materiais administrativos mas, também, a função de regular e fomentar as atividades prestacionais que possam atender aos interesses privados. As cláusulas exorbitantes apresentam-se, assim, contraditórias ao novo modelo de direito administrativo, pois os interesses públicos e privados não são mais opostos e excludentes.

Pode se observar uma outra desvantagem quanto à insegurança jurídica, da possibilidade, da administração pública estabilizar o vínculo contratual, através das suas prerrogativas inerentes. O ente privado nunca pode esperar estabilidade no contrato administrativo, visto que existe a possibilidade de ser surpreendido pela

atuação lateral do ente público, o que gera uma constante tensão no equilíbrio e na execução do pacto.

Vale ressaltar, quanto ao reconhecimento de que a incerteza e a insegurança e quanto aos efetivos custos de transação produzem a elevação de preços. Em outras palavras, o agente econômico precifica sua própria segurança. A elevação da margem de risco reflete-se no aumento dos preços praticados por agente econômico, até atingir o ponto em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio. Dessa forma,

A economia reconhece que os custos de transação são reduzidos na medida em que uma contratação é completa e dispensa inovações posteriores. A exaustão da disciplina contratual no momento da avença gera redução da incerteza e segurança - logo a diminuição dos outros custos de transação. Isso permite ampliar o número de agentes econômicos. (MARÇAL, 2005, p. 234).

De acordo com Menezes (2008),

a) de estímulo à ineficiência da administração muitas vezes acomodada VG na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos planejados como objetos mal dimensionados em suma com elementos que dificultam sua boa execução. b) de geração de contratos mais onerosos para administração, pois evidentemente nos preços das contratações estatais está incluído o custo adicional decorrente da incerteza gerada pelas cláusulas exorbitantes. c) de legitimação de práticas autoritárias dos governantes incompatíveis com o estado de direito tais práticas podem se caracterizar tanto pelo uso das medidas unilaterais - de índole autoritária ainda que fundamentadas na lei -, ou, pior ainda, na coação moral decorrente da ameaça do uso de tais medidas. d) de facilitação de desvios em relação a desvios em relação à probidade administrativa no curso da execução dos contratos posto que ao administrador está aberta à possibilidade de, por exemplo, alterar ou não certas cláusulas contratuais nesse caso a gente ímprobo tanto pode receber vantagens indevidas para não ou fazer como fazer o atendendo exclusivamente ao interesse do particular contratado em detrimento do interesse público. (MENEZES, 2008, p. 344).

Os contratos administrativos estão previstos na Lei n 8.666/1993 e deve ser interpretados à luz da Carta Magna de 1988. As prerrogativas e vantagens conferidas ao Estado trazem consigo a permissibilidade das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Tal caráter denota características específicas nestes contratos.

Conforme a Lei 8.666/1993, em seu Art. 58 dispõe acerca das denominadas cláusulas exorbitantes:

O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere a Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação das finalidades de interesse público, respeitados os direitos contratados. II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa, de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – 8.666/1993)

Destaca-se, inicialmente, que os contratos administrativos são de adesão, já que as cláusulas são postas unilateralmente, sem que seja permitida a sua rediscussão, em outras palavras, ou a parte aceita ou não há contrato. Além disso, é garantido ao poder público a alteração do contrato, para que haja adequação às necessidades públicas; a rescisão unilateral em virtude do inadimplemento do contratado ou por motivo de interesse público; o poder de fiscalização e controle de execução a aplicação de penalidades (advertência, multa, suspensão de contratar e declaração de idoneidade) em virtude da inexecução total ou parcial e a ocupação temporária dos bens da contratada quando se tratar de serviço essencial, visando garantir a sua continuidade.

Constata-se, assim, que há uma verticalidade nos contratos administrativos, figurando o ente estatal no pólo mais elevado em razão da sua supremacia perante o particular.

As cláusulas exorbitantes estão implícitas em todos os contratos administrativos e representa desigualdade entre as partes. Para Mazza (2013)

Uma das características fundamentais dos contratos administrativos é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. São regras que conferem poderes contratuais especiais, projetando a Administração Pública para uma posição de superioridade diante do particular contratado. São prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, por isso, são aplicáveis ainda que não escritas no instrumento contratual. (MAZZA, 2013).

Prerrogativas que conferem ao Estado posição diferenciada na avença recebem a denominação de cláusulas exorbitantes. De acordo com Meirelles (2008)

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que regem a

atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que só sobrepõe sempre aos interesses particulares. (MEIRELLES, 2008, p. 213).

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas exorbitantes, inadmissíveis no Direito Privado, não representa uma aniquilação ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

O termo exorbitante pode até parecer depreciativo ou abusivo, mas de acordo com Mazza (2014, p. 449), ao contrário, tais cláusulas recebem tal denominação, porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de Direito Privado.

Uma das principais cláusulas exorbitantes é a faculdade de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, uma vez que nesta competência os contratos poderão ser alterados unilateralmente com as devidas justificativas, restringindo-se ao objeto e às cláusulas regulamentares.

Conforme Pietro (2015),

Para a fundamentação da ocorrência das chamadas cláusulas exorbitantes baseadas neste princípio da supremacia do interesse público, tendo este princípio garantia na formação de normas e também em sua implementação pois, ressaltamos, o objeto principal do direito público é a proteção do interesse público, o bem-estar da coletividade. (PIETRO, 2015, p.)

O autor fundamenta sua análise ressaltando a importância de defender o interesse coletivo. Carvalho defende que o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, deve, passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante. (CARVALHO, 2010, p. 183)

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009) expressam que,

As denominadas cláusulas exorbitantes caracterizam os contratos administrativos, são a nota de direito público desses contratos, as regras que os diferenciam dos ajustes de direito privado. São as chamadas exorbitantes justamente porque exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns dos de direito privado e não seriam neste admissíveis (2009, p. 496).

Vicente Paulo (2009) concebe a expressão cláusulas exorbitantes como sinônimo de prerrogativas especiais da administração pública nos contratos administrativos, decorrentes do regime jurídico de direito público a que se sujeitam

esses contratos, mais especificamente, derivadas do princípio da supremacia do interesse público, que devem ser o direcionador de toda atuação da Administração.

Em outras palavras, o autor quer dizer que as cláusulas especiais decorrem ou possuem fulcro na necessidade de garantir o atendimento do interesse público, que é aplicado essencialmente aos contratos administrativos.

Desse modo, essas cláusulas consistem em autênticos princípios de direito público e formam a estrutura do regime jurídico de direito público, que é aplicado, essencialmente, aos contratos administrativos.

De acordo com Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino, fato do príncipe é toda determinação estatal geral, imprevisível ou inevitável, que impeça ou, o que é mais comum, onere substancialmente a execução do contrato, autorizando sua revisão, ou mesmo sua rescisão, na hipótese de tornar-se impossível seu cumprimento. (2009, p. 523)

Furtado (2013) aponta a definição das cláusulas exorbitantes, como sendo aquelas que extrapolam as regras do direito privado e conferem poderes, de certa forma imoderados, à Administração contratante em face do particular contratado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 617),

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes denominadas de "exorbitantes", quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito incomum, também inadmissíveis nas relações particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual. (MELLO, 2007, p.617)

De acordo com Medauar (2009),

Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagraram como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regimento jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos sendo arroladas no art. 58 da Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração. (MEDAUAR, 2009, p. 219).

A criação de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é essencial ao seu cumprimento e finalidade social. Não poderia o Estado, simplesmente, deixar

suas relações contratuais vinculadas às normas de direito privado, isso geraria uma gigantesca insegurança jurídica da população para com a Administração no decorrer da execução e demais ocorrências oriundas da relação contratual.

Em que pese para muitas pessoas, tais cláusulas conferirem à Administração a um poder limitado, a existência destas, torna-se imprescindível ao atendimento das atribuições estatais, não podendo o Estado abster-se de introduzi-las em seus instrumentos contratuais.

Para a doutrina francesa, “a cláusula exorbitante é a proposição mandamental quem formulada pela Administração, aceita pelo contratante particular e inserida entre as cláusulas de um contrato celebrado pelo Estado, o tipifica como administrativo e lhe dá a marca de direito público.” (ARAÚJO, 1986)

O poder de modificação da Administração – *ius variandi* – deve ser compreendido como uma competência irrenunciável, assim demandar a realidade fática, tendo como finalidade a satisfação de um interesse público.

Para Tácito (1975),

(...) o princípio da igualdade entre as partes que importa na imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do contratante, ou seja, o poder da modificação unilateral da obrigação (regra da imutabilidade do contrato. (TÁCITO, 1975, p. 292)

Dois traços essenciais, conforme Horbach (2016, p. 53), caracterizam uma cláusula exorbitante. O primeiro deles, é a existência de prerrogativas, em favor da própria Administração, ligadas ao interesse público, que retiram a igualdade natural entre as partes observadas nos contratos privados. O segundo, é a verificação de limitações à liberdade contratual que restringem a atuação do Poder Público.

3. AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E SUAS HIPÓTESES

A primeira hipótese está relacionada tanto ao projeto quanto ao valor: a alteração unilateral. Seus limites estão regulados pela Lei 8.612/1992, sendo de 25% de para mais ou para menos, podendo chegar até 50% de acréscimo em se tratando de reforma. Ressalta-se que qualquer acréscimo deve ser acompanhado de aumento no valor pactuado e vice-versa, garantindo assim o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O segundo caso é da rescisão unilateral pela Administração Pública por inadimplemento do particular ou por interesse público, o inadimplemento é chamado de caducidade e o interesse público de encampação e é necessário, neste caso observar a instauração de processo administrativo regular, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Há, também, a prerrogativa de fiscalização e controle, que, na verdade, tem natureza de poder-dever. Na portaria expedida pelo órgão constará o ente que fiscalizará o contrato.

Além disso, conta-se com a possibilidade que a Administração Pública tem de ocupar, temporariamente os bens do contratado, para manter a continuidade do serviço. Se houver dano ao bem, o particular tem direito à indenização. (CARVALHO, 2017)

Por fim, a Administração Pública, também poderá aplicar penalidades, de acordo com o artigo 87 da Lei 8.666/1993; não precisando de ação judicial, podendo ser aplicada administrativamente, mediante processo administrativo com contraditório e ampla defesa.

As penalidades podem ser de advertência, em casos menos gravosos; de multa, isolada ou cumulativamente com outras penas; de suspensão para contratar com o Poder Público por no máximo dois anos; de declaração de inidoneidade, por no máximo dois anos, também. Porém, precisa de reabilitação com ressarcimento ao erário. Não se deve confundir multa com ressarcimento ao erário. Importante destacar que a administração pública deve respeitar o princípio da proporcionalidade, na aplicação das multas e o responsável pela aplicação será o secretário de estado ou ministro de estado competente (CARVALHO, 2017).

3.1. A função do contrato social

Desta feita, a este fato possibilitou o rearranjo dos diversos institutos, ao rompimento com dogmas jurídicos adequados a relativização da dicotomia entre direito público e privado, bem como a necessidade de criação de novos estatutos jurídicos.

Invocação do princípio da função social deve ser feita, quando for interesse social e representar bem para a coletividade, não para atender a interesses individuais, com vantagens para um grupo de pessoas em particular que sempre se aproveita de lacuna dos conceitos para se beneficiar. (Chaves; Ferreira, 2015, p.)

Neste cenário, paulatinamente, as normas contratuais, também, foram redimensionadas pelos valores constitucionais que objetivam a consolidação de um legítimo estado democrático de direito, do ponto de vista legal e axiológico. (FERREIRA, 2015)

Quando se pensa em contrato de natureza pública, automaticamente, dá-se a ele, a finalidade pública que é estendida a toda prática administrativa, sem considerar, então, uma verdade universal, em qualquer prática voltada para esta finalidade pública, sendo por esta razão passível de anulação, no caso de desvio de sua finalidade (PAMPLONA; SILVA, 2015).

Além disso, entendemos que o instrumento contratual é uma composição de contratos formalizados, que através dele se origina a vontade de cada parte, não pode ser desprezado o interesse da sociedade, pelos contratantes que integram tal relação jurídica, através de um pacto entre eles.

De acordo com Marrara (2016), “emprego dessas armas deve vir justificado [...] as cláusulas exorbitantes seriam condicionadas por circunstâncias diferenciadas e previsão legal, bem como delimitadas por direitos fundamentais e compensações econômicas.” (MARRARA, 2016, p.)

Com juízo de equidade, no entanto, considera-se possível a conciliação dos, até então, institutos considerados inconciliáveis no caso concreto, gerando a administração pública sobre os efeitos negativos da implementação de uma de suas hipóteses de cláusula exorbitante.

3.2 O princípio da boa-fé objetiva

Podemos observar que, o interesse público pode esbarrar no princípio da boa-fé objetiva, deste modo, é correto afirmar que o respeito ao princípio da boa-fé objetiva é indício de uma relação com probidade. Logo, se alguma das partes estiver inadimplente, este estará ofendendo o princípio da boa-fé objetiva. (PIRES, REZENDE, 2015, p.)

A ponderação é justificada nos moldes do princípio da supremacia do interesse público, que deve ser garantia da sociedade. As cláusulas exorbitantes materializam a posição de superioridade da administração pública, face ao administrado. Contudo, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, essas condições contratuais excepcionais não podem lesar direitos humanos inatos.

A improbidade administrativa, inclusive, é um ato ilícito, refere-se a uma lesão da moralidade administrativa, enquadrando-se entre os crimes de responsabilidade. O que é um contrato, quando observamos o princípio da boa-fé objetiva e da probidade, gera para as partes a segurança jurídica (PIRES, REZENDE, 2015).

Outra demonstração, da natureza geral da boa-fé, decorre da vedação ao abuso de direito. Constitui pressuposto de toda a relação jurídica, sendo de direito material, seja de direito processual, que as pessoas envolvidas se comportem legalmente. Esta conduta legal não convive com o exercício normal e desmedido de algum direito.

Deste modo, o parâmetro, que diferencia o comportamento irregular do abusivo, repousa na boa-fé esperada das pessoas, conforme as circunstâncias fáticas do momento vivido. O ato administrativo resulta do processo administrativo, deve ser claro, preciso e assegurar previsibilidade de situações em relações jurídicas que envolvam poder público, com o fim de se tutelar segurança ao sistema jurídico.

A confiança consiste na expectativa que se pode ter em relação à outra pessoa na Seara administrativa. A confiança repousa na crença depositada na administração pública participativa, em relação das exigências da legalidade democrática. Neste sentido, é razoável esperar, por imposição constitucional, que poder público permita a participação, respeite o administrado e não permita abusos de direito nem atos arbitrários. (PIRES; REZENDE, 2015).

Neste contexto é, imprescindivelmente, aceitar que a moralidade administrativa invoca a ética, alicerçada na legalidade. Por conseguinte, se faz necessário analisar que o fato jurídico, conforme direito, submete-se ao plano de validade. Os fatos não podem ser nulos ou anuláveis, visto que seria desarrazoado invalidar um ato contrário ao direito, ao invés de buscar a responsabilização pela prática do mesmo, pois por prerrogativa, nem mesmo existiria.

Portanto, o único fato jurídico que pode ultrapassar o plano de validade e que, se não o fizer, será nulo ou anulável, consiste no ato jurídico lícito dotado da consciência em obter resultado permitido pelo sistema jurídico.

Os pressupostos de validade, que referem-se ao sujeito do ato jurídico, no âmbito do direito público, repousam na competência capacidade e ausência de vícios da vontade. Deste modo, o agente que pratica o ato legislativo ou administrativo e processual deve possuir competência, isto é atribuição legal para poder agir.

A boa-fé representa a fidelidade à vontade expressa no ato jurídico e permite o cumprimento da promessa feita. Ela consiste em de, não consentido de imposição, mas, concebido como um fator de União. Desta maneira, boa-fé abandona técnica eminentemente formal, para a valoração do que é legítimo e justo, buscando o alcance da finalidade do ato diante das legítimas expectativas dos envolvidos, de forma cooperada e solidária. Enfim, a boa fé se forma dos deveres de legalidade e probidade.

Assim, a partir do pressuposto de que a cláusula exorbitante não fere o princípio da boa-fé objetiva, desde que seja pautado no alcance do interesse público, tenha como finalidade precípua a garantia de direitos e não a afronta a algum deles.

3.3 Tipología das cláusulas exorbitantes

As prerrogativas exorbitantes nos contratos administrativos podem ser concebidas como cláusulas de excoatoriedade, cláusulas de juro variantes e cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros.

3.3.1 Cláusulas de excoutoriedade

A prerrogativa de excoutoriedade do poder público decorre da lei e, não de imposição contratual. Refere-se ao plano de exercício dos direitos e não, propriamente, ao de sua substância. Sendo extracontratual o privilégio de execução prévia, também, assim o são, as causas que exprimem excoutoriedade. São consideradas cláusulas exorbitantes de excoutoriedade, aquelas apresentadas na lei nº 8666/1993 artigo 58 §2 rescisão unilateral três fiscalização quatro aplicação de sanções e cinco ocupação

3.3.2. Cláusulas de *jus variandi*

A modificação unilateral do contrato, prerrogativa conferida à administração para a tutela do interesse público, não só se encontra limitada pela lei como, pela exigência de submissão ao juízo de razoabilidade. A doutrina moderna exige que o *jus variandi* mantenha a equivalência das prestações, de modo que não se manifesta de forma abusiva.

3.3.3 Cláusula exorbitante de efeitos sobre terceiros.

Há uma cláusula de efeitos sobre terceiros que atribuem os direitos de expropriação, de receber tarifas, de exercer a atividade de polícia e outras, que podem se refletir sobre terceiros, e que, por isso, é jogaria a regra Inter altos até negue note, ou seja, os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros. Resultam, não do contrato, mas sim da aplicação da lei e, por isso, se inclui apenas para efeitos declarativos e não constitutivos.

3.4 Exceptio non adimpleti contractus

O contrato pela administração pública, ao contrair a obrigação avençada, se compromete a desenvolver algumas condutas, segundo estado legal vigente. São elas: a) executar fielmente as cláusulas do contrato e as normas legais; b) de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, os vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do objeto do

contrato; c) de responsabilidade pelos danos causados à administração ou a terceiros, teoria do risco administrativo; d) responsabilidade pelos encargos do contrato. (MATTOS, 2002, p. 21).

3.5. Rescisão unilateral

Durante a vigência do contrato administrativo, pode ocorrer, por motivos diversos elencados na lei, sua extinção brusca, antes de findar o prazo convencional. A rescisão unilateral administrativa representa a máxima privativa exorbitante conferida à administração.

Para Bastos (1994),

A rescisão unilateral pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante quando o interesse público na cessação da normal execução do contrato. Em qualquer dos casos é exigido à justa causa para o rompimento do contrato, pois não se trata de ato discricionário e sim, de ato vinculado da administração. (BASTOS, 1994, p.137)

3.6. Fiscalização

Parte-se de um caráter preventivo que cabe à própria administração, pois é do governo, a responsabilidade com relação à direção do contrato e continua nas mãos do contratado (BASTOS, 1994, p. 139)

O descumprimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja a rescisão unilateral do contrato, nos termos do artigo 78 §7 sem prejuízo das sanções cabíveis.

3.7. Inexecução contratual e sanções administrativas

Na inexecução culposa, conforme Carvalho Filho (2014, p. 208), em função de toda uma gama de intensidade de conduta, extremo se o dolo e a culpa, ambos agrupados, no direito civil, na culpa civil (art. 186, Código Civil). Assim sendo, significa dizer que é irrelevante lesar a parte agindo com dolo (ânimo intencional de descumprir) ou culpa (ação ou omissão com imprudência imperícia ou negligência):

sendo desobedecido o ajuste e inexistindo o motivo determinante para exclusão da culpa, a parte poderá ser considerada inadimplente.

Já a inexecução sem culpa, segundo o mesmo autor, ocorre quando uma das partes não consegue cumprir o contrato, nas condições em que foi firmado, em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do objeto do contrato. Por isso, trata-se de excepcionalidades com capacidade para influenciar negativamente a marcha da execução contratual. (CARVALHO FILHO, 2014, p.212).

A inexecução de contrato estará sempre causando transtornos às partes, uma vez que, o fim que se pretendia não será alcançado em sua plenitude. No entanto, a depender da situação fática, o contratado poderá ser responsabilizado de diversas maneiras, como bem sintetiza Madeira (2014):

a. responsabilidade civil: que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial; pode provir de lei, do ato ilícito e da inexecução do contrato;

b. responsabilidade administrativa: é a que resulta da infringência de Norma da administração estabelecida em lei ou no próprio contrato, em ponto um ônus ao contratado para com qualquer órgão público;

c. suspensão provisória: é a sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou da execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade;

d. declaração de inidoneidade: é a pena aplicável por faltas graves do contrato inadimplente, para impedir que continue contratando com a administração. É sanção administrativa. Só pode ser aplicada pela autoridade de cada norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos. O que caracteriza é o dolo ou a recuperação de falhas.

A Lei de Licitações traz, em seu bojo, o rol das penalidades aplicáveis aos contratados que violarem as obrigações assumidas perante a administração pública. Assim, a inexecução total ou parcial do contrato da administração, traz a prerrogativa, independentemente de autorização judicial, de aplicar e executar por ato próprio, sanções de natureza administrativa (art. 58, IV).

Em 2002, a Lei 10.520, responsável pela instituição da modalidade de licitação denominada pregão, aumentou, conforme disposto no seu artigo 7º, o prazo máximo para suspensão temporária de 2 para até 5 anos, quando, na prática de

atos contrários ao certame do pregão ou ao contrato decorrente do mesmo, nos termos fixados naquela lei, não trouxe previsão para sanção de advertência e de inidoneidade, porém, trouxe a previsão de descredenciamento do sancionado do sistema de cadastramento unificado de fornecedores, providência, esta, não disposta na lei 8666/93.

Tais funções são compreendidas por Carvalho Filho (2014 p. 221) como uma série de atos administrativos, de caráter punitivo, sendo as mais leves, penas de advertência de multa e as mais graves, a suspensão temporária de participação em licitação, além do impedimento de contratar com a administração, resultando na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração.

Portanto, ao observar as sanções administrativas, previstas na legislação para o eventual inadimplemento contratual, é notório perceber a existência de gradação entre as penalidades, partindo de uma penalidade mais leve, como advertência, até chegar a uma penalidade mais gravosa, como declaração de imunidade. Entretanto, não há uma vinculação entre conduta e a sanção aplicável.

A existência de um rol de sanções da legislação veda à administração criar novas maneiras de punir o inadimplente, sendo possível, por exemplo, como explicitado em decisão do tribunal de contas da União, a inserção de cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas, como punição em si mesma, tendo em vista, que as disposições da lei de licitações não tratam tal providência como modalidade de apelação.

No direito privado, quando o consumidor é mal atendido, o produto entregue é de baixa qualidade ou simplesmente não é entregue, além das medidas sancionatórias legais, possui o adquirente, arbítrio de nunca mais adquirir qualquer coisa daquele estabelecimento. Infelizmente, para administração pública esta não é uma decisão trivial para assim proceder. Deverá sancionar a contratada por meio da suspensão temporária, a qual é conceituada por Meirelles (2016, p. 274) como a sanção administrativa com que se punem os contratados que, culposamente, prejudicarem a licitação a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade.

Justen Filho (2016, p 342) posiciona-se no sentido de restringir a suspensão temporária da esfera federativa de aplicação da sanção, partindo de uma análise do próprio texto legal. O glossário, contido no artigo 6º da lei 8666/93, define o termo administração como todo conjunto de entidades estatais e exercentes de função

administrativa, enquanto a administração pública indica as vírgulas no corpo da lei, apenas a entidade que participa da contratação.

Assim, conclui o autor, a suspensão do direito de participar de licitação deve produzir efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar, ou esta interpretação deriva da redação legislativa, uma vez que o inciso 2º artigo 87 da Lei de Licitações utiliza apenas um vocábulo administração.

A Lei de Licitações é regulada pelo direito público, mas isso não se dá de maneira estanque, uma vez que o direito privado é aplicado de maneira subjetiva, nos termos do artigo 54:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Artigo 389 do Código Civil, conforme assinala Carvalho Filho (2014, p. 101), dispõe que, se não for cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais, regularmente estabelecidos e honorários de advogado. A disciplina alcança todos os contratos inclusive, os contratos administrativos, eis que inexistente previsão a respeito de qualquer pelo gatinho especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual.

Evidente que, no contrato administrativo, não há que se falar em acordo sobre a cláusula penal, mas uma imposição da administração ao particular. Para Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 361), a cláusula penal possui dois fins básicos: a pré liquidação de danos e a função intimidatória. O primeiro busca estabelecer de modo antecipado, como se dará a indenização à parte prejudicada pelo inadimplemento contratual. O segundo, atua mais no âmbito psicológico do evento ao devedor, influenciando para que ele não deixe de solver o débito, no tempo e na forma estipulados.

Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 362) identificam duas espécies de cláusula penal: a) cláusula penal compensatória estipulada para o caso de descumprimento da obrigação principal. b) cláusula penal moratória estipulada para o caso de haver infringência de qualquer das cláusulas do contrato, ou inadimplemento relativo à mora.

Quanto ao pagamento de multa, por particular fornecedor, após regular procedimento e observado o contraditório e a ampla defesa, poderá ter seu valor descontado da garantia relativa ao objeto contratado e, se superior ao valor dessa, o

remanescente será descontado dos pagamentos, eventualmente, devidos pela administração, conforme a previsão contida nos incisos 2º e 3º do artigo 86 da lei nº 8.666 de 1993, ou quando for o caso, cobrada judicialmente.

A lei nº 12846/2013 estabeleceu a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contrários à administração pública nacional ou estrangeira. Apelidada de Lei Anticorrupção, entrou em vigor, em 29 de janeiro de 2014. Neste sentido, trata-se de uma lei que busca combater a prática de condutas fraudulentas graves nas licitações e contratações públicas e a corrupção, de modo que sua aplicação vai, muito além, daquelas infrações gerais e ordinárias tratadas no âmbito da lei de licitações e dessa forma, não será objeto de estudo neste trabalho.

Salientamos que as cláusulas exorbitantes trazem, ainda mais, segurança sem noção de nós e eles para o particular, frente à administração pública. Os desafios a serem enfrentados são muitos e é, por isso, que cabe a operadores do direito, buscar não só o equilíbrio da atuação estatal, mas a compreensão daqueles que não tem tanto entendimento. Desta forma, faremos do Brasil, uno e unido verdadeiramente, em prol do interesse público.

CONCLUSÃO

As cláusulas exorbitantes tiveram inicial desenvolvimento na conjuntura do modelo jurisdicional Francês do século XIX, em um cenário de necessária centralização dos poderes do Estado. Importadas para o direito positivo brasileiro, as prerrogativas conferidas à Administração foram disciplinadas e fundamentada na Legislação.

Sua aplicação reflete, sob certo ângulo, a noção de supremacia do Estado em relação ao particular, em que aquele é considerado como o único legitimado para a persecução e atingimento do interesse público. Todavia, com as significativas mudanças ocorridas na ordem econômico-social, durante o século XX, houve um aumento da contratualização com os particulares.

Nesse contexto, surge a noção de Administração consensual ou Administração concertada, a qual busca vê, na situação do contrato administrativo, as partes como parceiras para o atingimento dos interesses coletivos, figurando-o pacto como um instrumento de colaboração entre Administração e co-contratado.

Por fim, não se propõe uma neutralização completa das prerrogativas conferidas à Administração Pública, mas, sim, um restringimento das suas aplicações, tendo em vista as inúmeras desvantagens do uso indiscriminado desses poderes. O fundamento, substantivo das cláusulas exorbitantes, deve ser deslocado do eixo da imperatividade para o da ponderação nas relações entre o Estado e particulares, visando o efetivo atendimento das demandas sociais e econômicas do século XXI.

Observa-se, ao longo da análise que, com um estudo mais profundo acerca do direito administrativo, relacionando com outros ramos do direito, resultados objetivos e de fácil compreensão.

Foram analisados os principais aspectos de licitação e bem como seus principais objetivos. Foram apresentadas as peculiaridades de cada modalidade licitatória, utilizando como modelo o procedimento da concorrência. Mesmo assim, pode-se concluir que a modalidade mais utilizada, atualmente, pela Administração Pública é o pregão. Por fim, foram apresentadas as cláusulas exorbitantes e suas importâncias.

Foram especificadas, mais profundamente as cláusulas exorbitantes e bem como seus conceitos como cláusulas estritamente concedidas à Administração

Pública, podendo esta, rescindir o contrato de maneira unilateral, até aplicar penalidades ao particular contratado.

Conclui-se este estudo com o foco na gestão fiscal responsável do ente público, observando os problemas existentes em nosso ordenamento jurídico, no que concerne à gestão financeira e possíveis soluções, visto que as cláusulas exorbitantes, *lato sensu*, não poderão exorbitar, *stricto sensu*, em sua efetividade.

Notamos que, se obedecidos os princípios e finalidades aos quais os contratados e todas as atividades públicas que a Administração Pública se propõem a realizar, temos pacífica existência das cláusulas exorbitantes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado** I. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 613.

ALMEIDA, Fernando Dias de Menezes. **Mecanismos de Consenso do Direito Administrativo**. ARAGÃO, Alexandre Santos de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte. Fórum: 2008, p. 342-344

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 15.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo**. São Paulo: Edição do autor, 1896.

ARAÚJO, Fernando. **Uma análise econômica dos contratos. Parte I: A abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69-160, abr./jun. 2007

ARAÚJO, Paula Mara Costa de; JESUS, Renata Gomes de. **Processo Licitatório Tipo Menos Preço e Eficiência em Compras Públicas: um Estudo de Caso**. Disponível em:
http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%Araujo.pdf

BARROSO, Luís Roberto. **“O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”**. In: prefácio ao livro **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BORGES, Alice Gonzalez Borges. **“Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”**. *Revista Interesse Público*, nº 37, p. 29-48.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2006.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2000.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2006.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília: Câmara dos deputados. Edições Câmara, 1988.

BRASIL. **Ministério da Transparência.** NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo.** 1ed. São Paulo: Ed. Forense, 1970, p. 527.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 18ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito administrativo.** São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

CF. NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais.** Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 15-16.

CHAVES, Fábio Barbosa. FERREIRA, Luciano Carlos. **Contratos administrativos como substrato da autonomia privada: a mitigação das cláusulas exorbitantes.** In: **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CAMARA.** Anais eletrônicos. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/h0yx91y1/G3LrY10M3d7N31B7.pdf>. Acesso em 25 set. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. “**As Cláusulas de Privilégio nos Contratos Administrativos**”. In Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1985, vol. 161.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21ª e 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

FILHO, José Dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo: tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Dra. Joana. **O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito**. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 05020701. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/05020701>. Acesso em 07 out. 2020.

GUIMARAES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Mimeo.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Rodovias a Experiência Brasileira**. In: Sundfeld Carlos Ari. Org: Parcerias Público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 234.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 237-255, mar./ago. 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos administrativos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, n. 18, ano 5, Jul./Set. 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Do Contrato Administrativo à Administração Contratual**. Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010.

MAURER, Harmut. **Direito administrativo geral**. Belo Horizonte: Manoel, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 6.